

12

POR
EL CONVENTO DE
S. CLARA DE LA PAZ, DE LA CIVDAD DE ANTEQVERA,
por Cabeza de Doña Ysabel Ossorio, Monja professa en el dicho Convento,

EN EL PLEYTO

CON IVAN XVAREZ DE FIGVEROA, COMO ABVELO Paterno de Don Iuan Antonio Xuarez, à que ha salido D. Fernãdo Saavedra, como marido y conjunta persona de Doña Catalina Ossorio, vezinos todos desta Villa de Estepa.

Sobre el juizio possessorio de los bienes cōprehendidos en los mayorazgos de que fue vltimo posseedor D. Diego Ossorio y Axeijas, padre de la dha D. Isabel, y abuelo del dho D. Iuã Antonio Xuarez, y que se le tiene de mandar dar al dho Convento la possession real y actual que tiene pedida en continuacion de la civil y natural que se transfiriò desde el instante de la muerte del dicho D Diego Ossorio, por cabeza de la dicha Doña Ysabel.

En Malaga lo imprimiò Mateo Lopez Hidalgo. Año de 1670.

cho Don Iuan Antonio, por cuyas partes se le ha contradicho a el dicho Convento, la possession Real, y actual que tiene pedida, en continuacion de la civil, y natural, que se le transfiriò por el ministerio, y beneficio de la ley de Toro, y la administracion de los bienes con fianças.

4 ¶ Despues de aver sucedido el dicho Don Diego Ossorio, en el dicho mayorazgo; sucediò en los que a el agregaron el dicho D. Christoval Ossorio, su tio, y Doña Francisca Navarrete Ossorio, fundadora, que fue de dicho Convento de Santa Clara.

5 ¶ Esto supuesto, para proceder con mas claridad a la justicia que le assiste a el dicho Convento se destinguirà, y apoyarà en tres Articulos. En el primero se fundarà la capacidad, que el dicho Convento, tiene para suceder en dichos mayorazgos. En el segũdo, que la renuncia hecha por la dicha Doña Isabel, y de que las partes contrarias se valen, no impide la dicha sucession, porque en ella no estan renunciados, ni cõprehẽdidos, los derechos de suceder en dichos mayorazgos. En el tercero se fundarà, como sin embargo de que el dicho D. Iuan Antonio tomò la possession de los bienes de dichos mayorazgos, en vida del dicho Don Diego Ossorio, vltimo posseedor de ellos, se le transfiriò a el dicho Convento la civil, y natural, desde el instante de la muerte del dicho Don Diego, y que aquella no impidiò ni pudo impedir esta legal.

ARTICVLO I.

5 ¶ En quanto a la capacidad de la sucession de los bienes de dichos mayorazgos, por cabeza de la dicha Doña Isabel, no se puede dudar, por ser el dicho Convento capaz de obtener bienes, y de qualquiera sucesion, como lo son todos los Conventos, excepto, los Capuchinos, y Franciscos de la Observã-

cia;

cia; ex expressa dispositione Concil. Tridentin. cap, 3. Sess. 25. de Regularibus. Y procede la disposicion en Religiossas de Santa Clara, Augustin Barbos, in collect. ad dict, cap. 3, n. 2. & 6. & concludunt loquentes in sucessione maioratus Fray Manuel Rodriguez, in quest. Regul. lib. 3 cap. 29 art. 14 Sanchez, de religiosso statu lib. 7. cap. 12. n. 2. Casanat. plures referens, cons, 26. n. 2. & seqq,

7 ¶ Y la razon es, porque por derecho no estan los Religiosos ni Religiosas, por cuya cabeza sucede el Convento, excluidas de los mayorazgos, de sus familias por los dias de su vida; quia non amitunt ius sanguinis, neque de genere desinunt esse, vt probatur in cap. 1. 18 quest. 1. cap. vbi 19. quest, 3. quia iura sanguinis in separabilia sunt, l. iure sanguinis, ff. de regulis iuris, l. ius agnationis, ff. de pactis, & sit retinent iura prioritatis in gradu, Pat. Molina disput. 140. & in disputatione. 177.

8 ¶ Y que no tienen incapacidad de semejantes sucessiones præter alios quam plurimos quos omittimus tenent Bald. in l. cum acutissime, n. 2. C. de fideicommis. Peregrin. de fideicommis, art, 28. n. 8. Dom, Molina de primogen, lib. 1. cap. 13. n. 77. & seqq. Gama decissione 6. per totam, Matienç. in l. 1. tit. 7. glos. 1. n. 18. lib. 5. Recop. Avend. in l. 40. Tauri, glos. 4. per totam, Anton Gomez, in dict l. 40. n. 46. ad fin. Mieres de maiorat, part. 2. q. a n. 37. & seqq. novissime cum alijs licet nullos ex præcitatis referat Ciriacus to. 3. cōtrovers. cōtro. 475. a n. 23 & seqq. *vbi quod sucedit in fideicomisso, maioratu, feudo, & emphiteosi Ecclesiastica.*

9 ¶ Reconociendose por el Abogado contrario estos fundamentos tan solidos, para subertirlos, haze apoyo en que para la conservacion del nombre, linage, y familia, de los Fundadores, sele tiene de diferir la sucession destos mayorazgos a su par-

Num. 1. PARA mayor inteligencia, se advierte, que el Alcayde Diego Perez de Axeijas, vezino que fue de dicha Villa de Estepa, por su testamento, debaxo de cuya dispossicion muriò, hizo vinculo, y mayorazgo del tercio, y quinto de sus bienes, y a la sucession del llamò en primero lugar a su hijo Alonso de Axeijas, y despues a su hijo mayor, y a falta de hijo varon, a su hija mayor, y q̃ desta forma sucediesse de vnos en otros de los hijos del dho fundador y descendientes, prefiriendo el varon a la hembra, y el mayor a el menor; y a falta de sus descendientes, llamò a la sucession a el pariente mas cercano, con las reglas de suceder que tenia dadas a sus hijos, y descendientes, de preferirse el mayor al menor, y el varon a la hembra.

2 ¶ El dicho Fundador tuvò por hijos, a el dicho Alonso de Axeijas, primero llamado y mayor, y por segundo a Don Iuan de Axeijas Osforio, tercero Don Christoval Osforio de la Orden de S. Iuã de Malta, Comendador de Barbalos de Salamanca, quarto Don Diego Osforio, Inquisidor que fue de Cerdeña, y Llerena, quinto Don Lope Osforio, Capitan que fue de Infanteria Española, y a Doña Mariana Osforio.

3 ¶ El dicho Alonso de Axeijas, sucediò en el dicho mayorazgo, y por su muerte vna hija del dicho Don Alonso, que muriò en edad pupilar, y por su muerte sucedio en dicho mayorazgo el dicho Don Iuan Osorio, hijo segundo del dicho Fundador, y por muerte del dicho Don Iuan, sucediò dicho Don Diego Osforio, su hijo mayor, padre que fue de la dicha Doña Isabel, y ultimo posseedor, siendo como es la dicha Doña Isabel, mayor que la dicha Doña Catalina Osforio, y que Doña Mariana, madre que fue del di-

A cho

te ; porque en el dicho Convento quedara todo suprimido, y para que con mas verisimilitud, se reconozca la pretension de dicho Convento, y que se ajusta a los terminos del derecho, y que la del dicho Don Iuan Antonio, no puede dar regla estable para la sucession; en los presupuestos, supra advertidos, se trairan los Autores, en que se pueden fundar los dichos presupuestos, ò los mas favorables para su apoyo, y de ellos se conocerà, que no hablan ni se ajustan a los terminos deste caso, y sucession.

10 ¶ Fueron de la opinion contraria Dec. cons. 259. n. 2. Ripa in l. ex facto, §. si quis rogatus. n, 40. ff. ad Senat. Consult. Trebel. Paul. Paris. cons. 22. n. 9. lib. 3. Pelaez. 2. p. de primogenijs. q. 3. a n. 15. cum seqq. Antonius de Pad. in l. cum acutissime n. 44 & 45. C. de fideicommiss. Covarrub. lib. 1. resolutionũ, cap. 29. n. 11.

11 ¶ A la opinion contraria de Dec. se satisface, y responde quod loquitur vbi monasterium velet ex persona propria tamquã filius legalis admitti excluso substituto, & contenderet, quod tamquam filius de sanguine maneret maioratus penes se in perpetum. Y con esta disposicion, y estos terminos se tiene de considerar el dicho Decio, y bien se explica quan fuera de los que en nuestro caso concurren, & nostra opinio affirmativa procedit, vbi monasteriũ ea bona petit nomine monachi, seu monialis tamquam coniuncte, seu de sanguine, cui competunt omnia verba institutionis, vt illa ad eius vitã possideat, quod nec iuri, nec voluntati testatoris repugnat Aimon. cõs. 152. Afflict. decis. 320. nu. 1. Iul. Clarus feudum q. 78. vers. quæ tamen opinio, vbi inquit, quod in hac specie non reperitur contradictor, y a el Consejo de Decio respondiò Gamma, en la decission 6. en el numer. 3 *Vbi quod loquatur in casu a nostro dispari, quãdo scilicet monastrium velet admitti, ex se ipso quasi filius,*

lias, iuxta cap. in presentia de probationib. & perpetuò bona maioratus apud se retinere exclusis substitutis, tūc enim militat ratio Decij.

12 ¶ Y el consejo, 22. de Parisio, y resolucion de Pelaez, en la 2. p. q. 3. n. 15. no contradice nuestra opinion, si se considera en los terminos, que habla, porque aviendola tratado, y propuesto muchos argumentos en contrario, desde el numero diez y ocho, hasta el numero treinta y dos, resolvio, que en duda se avia de seguir la opinion, que fabet Ecclesijs; demas que quando puso la question en los terminos de la que tratamos, tunc communis admittit monachos in vita sua ad sucessionem alegans, tamquam Autoris huius opinionis Bart. in l. cum pater, §. hereditatem, ff. de legat. 2, y otros muchos Autores, hasta el numero 17. y el consejo de Parisio, y el señor Presidente Covarrubias, hablaron en terminos, que avia ciertas, y evidentes conjeturas que el fundador quiso excluir al Convento, dictus Parisij in dicto cons. 22. n. 9. ibi: *Quando testator bona prædicta subiecit fideicommisso ea ratione vt remaneret in domo, & casali, & vt dignitas & honor agnationis conservaret, qua ratione, & casu pœnitus exclusus est ipse frater.* Y en este caso, y con las calidades q̃ advierte este Autor, no dudo la exclussion, porque fue fideicommisso de agnacion, vt dignitas, & honor agnationes conservaret, y los maiorazgos, que el dicho Convento de Santa Clara, pretende, no tienen visos de agnacion, porque estan admitidas las hembras, de qualquiera linea.

13 ¶ Sed etiam Anton. de Padilla in secundum consilium Decij, quando Monasterium in perpetuum voluisset sucedere, quia tunc extingueretur nomen, & familia testantium.

14 ¶ Y quando los mayorazgos, no son de agnacion, como los que pretende el dicho Convento, aunque tuvieran precepto de nombre, y

armas

armas, que no lo tienen avia de suceder el dicho Convento, porque el dicho precepto no puede por si solo obrar presuncion de agnacion, ut tenet Dom. Molina de primogen. lib. 2. cap. 14. n. 8. & cum plurimis eius Additionatores ibi *n.* 8. *&* 9.

15 ¶ Et individuo, por muchos fundamentos lo resuelve assi, aunque aya el dicho precepto, Fray Manuel Rodriguez tomo 2. quest. regular. quest 78. art. 13. pertotam, donde refiere dos determinaciones de la Chancilleria de Valladolid en favor del Convento de Madre de Dios de Salamanca, y funda no ser incompatible con el estado de la Religion, el traer el Nombre, y las Armas, de la Familia, Montealegre, in lib. 2. cap. 1. n. 49. & 60. optime & omnino videndi Additionatores del señor Don Luis Molina, lib. 1. cap. 13. n. 95. vers. meo quidem, lleva por cierta, y segura aquesta opinion, sino ay otras conjeturas claras, y ciertas de averse querido conservar la agnacion. cuius elegantissima verba sunt, ibi: *His vero deficientibus monacus non censetur exclusus, ex eo tantum quod de conservatione familiæ nihil est dictum eos admitimus, quare si de hoc actum fuerit eos excludimus, siquidem omnis primogen. institutionis finis præcipuus, & si hoc reticeretur est, ut familiarum dignitas, & memoria institutionis conservetur, ex adductis infra cap. 11. n. 3. ideoque a maioratu, etiam pro conservatione familiæ, instituto monachus arceri non debet, quia talis institutio ubi aliud non suadet dispositio contraria est communis, & regularis. ex Authore supra lib. 2. cap. 5. n. 19. a qua neque ipse feminæ excluduntur, ut per Authorem supra lib. 3. cap. 4. n. 8. & 9. neque preceptum nominis, & armorum aliud suadet, cum id Monacho possit impleri, neq; per se tantum agnationis conservationẽ inducat.* Y no se extingue ni acaba la memoria del Fundador, por la sucession de los Conventos, porque como dize Montealegre en el lugar citado. *Tunc non solum non supprimitur*

mitur memoria fundatoris, imo crescit, & scripta erit in cælis.

16 ¶ Et quod magis est, que no solo pueden suceder las Religiosas en donde ay el dicho precepto, sino assimismo en los mayorazgos que tienen anexa jurisdicion, probatur expresse iu cap. dilectus de offic. ordin & in cap. auditis de presumpt. vbi Monachus potest possidere contra opida, & loca cum iurisdictione, & est expressa l.4.tit. 3.lib. 1. Recop. ibi: *La jurisdicion civil que pertenece a las Iglesias, o Monasterios*, optime Emanuel Rodriguez d.tom.2.q.regul d.q.78.art. 12.col 4. vers.quod autem indubio versatur vsque in sin. vbi ait sic iudicatum fuisse per Senatũ Pincianum en favor del Convento de Monjas de las Huelvas en el mayorazgo del lugar de Villagarcia, y de otros lugares, que vacò por muerte de Luis Quixada.

17 ¶ Idem Anton. Cond. in praxi civili iudicum, & advocatur, vers. maioratus, n. 17. Marta de successione legali, 1.p.q.13. art. 1.n.22. Montealegre in praxi, lib.2.cap.11.& n.47.vsque ad 61. Avend. in d.l 40. Tauri, n. 39 & 55. glos.4. el señor Anguiano in tract. de legibus, controv. 17. a n.5. & seqq. & in n. 8. vbi etiam si haberet dignitatem, Dom. Perez de Lara de vita homin. cap. 30. a n. 121.

18 ¶ Y para que la materia que se ha tratado en este articulo quede singenero de duda, y con la digression que pide, y que los apoyos del Convento sean mas solidos, se deve considerar que la dicha Doña Ysabel de Ossorio Monja, es viznieta del dicho Alcayde Diego Perez de Axeijas, Fundador, y que la dicha fundacion fue del tercio y remaniente del quinto, cõforme a la l.27.de Foro, ibi: *Entre sus hijos y descendientes.*

19 ¶ Y assi se tiene por conclusion cierta que en este genero de fundaciones no pueden ser ex-

cluidos los Frailes, ni Monjas descendientes, como lo es la dicha Doña Ysabel, aunque expressamente la excluyesse el dicho Diego Perez: D. Ildephonsus de la Carrera in cap. in præl. de probationi. n. 44. ibi: *Quod intelligendum est in maioratibus regia facultate constitutis, non vero in ijs, qui fiunt ex tertia parte bonorum, in quibus non poterunt excludere filios Religiosos*, nam tenetur necessario seruare ordinem præscriptum in l. 27. Tauri, Dom. Castillo lib. 3. cap. 12. n. 44. ibi: *Cœterum quando ex tertia bonorum portione, adque ex legum regiarum facultate maioratus instituitur, non possunt utique parentes filios, aut descendentes Monachos Religiosos, aut Monialis Monasteria, ve eorum ad succesione excludere*, & eandem resolutionem sequitur l. 5. cap. 99. per totum, Pater Thomas Sanchez lib. 7. de Religioso statu, cap. 15. n. 6. vbi: *Quod quidem limitandum est, vt intelligatur in hoc Castellæ Regno de maioratu Regia facultate instituto, quipè parentes ex tertio bonorum primogenium instituentes, nequeunt Religiosos filios, aut filias Moniales excludere, quia tenentur servare ordinem præscriptum*, in d. l. Regia 27. Tauri, quæ est hodie l. 1. tit. 6, lib. 5. Recop. D. Perez de Lara in comp. vitæ homin. cap. 30. n. 122. Y afirma, que asi lo determinò la Chancilleria en el pleito de Doña Euxanda de Ovando.

20 ¶ Lo mismo que en el tercio, se observa en la disposicion del quinto, vt in terminis por la vnion hecha por el testador, resolvit Dom. Castillo d. cap. 99 & in to. 6. cap. 161. vbi latissimè & præcipuè, cap. 100. n. 13. D. Perez de Lara in d. cap. 30. ibi: *Quod si quintum sit vnitum tertio in vinculo illud præcipit Monialis, seu Religiosus, vel alius qui admittitur ad succesionem tertij ex vi vnionis, & in quolibet alio, qui debuit vocari iuxta formam l. 27.* Y no solo en caso como el que tratamos, sino que aunque el mayorazgo fuera de jurisdicion anexa, siendo disposicion del tercio y quinto,

to, no pueden ser excluidos los Religiosos, ni sus Monasterios por la vida de ellos, ita resolvit D. Petez de Lara d. cap. 30. n. 126. donde refiere el caso de la dicha D. Euxanda pluribus authoritatibus.

21 ¶ Siendo constante la referida en este articulo, y siendo tambien constante, que la dicha D. Ysabel de Ossorio tiene llamamiento expresso y literal, segun consta de las palabras de las fundaciones, no se puede dudar de la justicia de dicho Convento, por hallarse verificados los dichos llamamientos en la dicha Doña Ysabel, con preferencia, y que la deve tener a todos los que despues la tienen, ex text. &l. cum ita, §. in fideicommisis, ff. de legat. 2. l. 40. Tauri, & l. 45. ibi: *Que segun la disposicion del mayorazgo huvieren de suceder*, Dom. Molina de primog. lib. 1. cap. 2. n. 27. Paris. cons. 37. num. 49. volum. 2. & alij quam plurimi.

22 ¶ Y quando no estuviera llamada tan expressamente, bastara el que su padre estuviesse, por la naturaleza de la disposicion perpetua, que siempre se entiende con la condicion si sine liberis decesserit, l. cum avus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi, C. de fideicommis. D. Præs. Covarru. pract. cap. 38. n. 12. D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 4. n. 32. Mieres de maiorat. p. 4. q. 1. n. 19. & 20. Dom. Castillo lib. 3. cap. 19. n. 185. & lib. 4. cap. 9. n. 67. Marta de succes. l. 1. p. q. 1. n. 29. vers. sed cum testator.

ARTICVLO II.

23 ¶ La parte contraria se vale de vna renuncia que parece se hizo por la dicha Doña Ysabel, siendo Monja novicia en el dicho Convento de S. Clara por el año passado de 1632. ante Alonso Muñoz, escrivano del numero de Antequera, y en esta pone su

Abogado mayor esfuerço y objeccion al dicho Convento, pareciendole que la dicha renuncia es fortaleza inexpugnable.

Aut hæc in nostros fabricata est machina muros,
Inspectura domos ventura que desuper vrbi:
Virgil.

Y que con ellas està excluydo el Convento de su pretension, y que se le tiene de obscurecer, y de ella el dicho Convento tiene de sacar su mayor claridad y defensa.

Duris vt ilex tonsa bipenibus
Nigrè feraci fondis in algido
Per damna, per cades ob ipso,
Ducit apes animumque ferro. Horat.

24 ¶ Porque la dicha renuncia fue solo especial para las legitimas paterna, y materna, y vltra de los casos en que en ella se haze mencion, no se deve considerar, porque qualquiera renunciacion de su naturaleza es stricti iuris, tam iurium, quam personarũ, l. qui cum tutoribus, ff. de transact. Surd. cons. 431. nu. 20. Cancer. cap. 15. n. 231. Y no se tiene de estender a el caso que expressamente no estè mencionado, l. iubemus, C. ad Beleianum, ibi: *Ea renuntiatio ad illas res seu personas, quibus censum suum proprium acommodaverunt, vel acommodaverint artentur*, cap. sane, & cap. veniens, de renuntiatione, Paul. Galer. de renunt. lib. 1. cap. 9. n. 4. Pauli Paris. cons. 49. a n. 39. vsque ad n. 45. volum. 3.

25 ¶ Latissimè nostram conclusionem ornat Mascard. de probat. concl. 1264. n. 1. cũ seqq. Decius in l. postquam liti, n. 16. C. de pactis, Bald. cons. 281. lib 3. Aimon cons. 251. cons. 3. vers. rursus Ecclesiæ, Menoch. cons. 1. n. 217. lib. 1. vbi affirmantur renuntiationes non extenduntur de casu ad casum, nec de persona ad personam, quia sunt stricti iuris.

26 ¶ Et licet quis generaliter renunciet om-

omnibus iuribus, ac quibuſcumque, ſive competenti-bus reſtringuntur ad cauſam ſpecificatam, l. in agris, ff. de acquirend. rerum dominio, Socin. iun. in conſ. 23. n. 12. & 13. lib. 2. Y la dicha renunciacion fue limitada; como ſe juſtifica de ſu ſentido literal, & limitata cauſa limitatum producit effectum, l. Cancellaurat. ff. de his quæ in teſtamento delent. Y reſpeto de lo referido, aunque la dicha renuncia ſe quiera ampliar, y extender por la parte contraria, no la puede ſacar de los terminos que ſe halla, porque la generalidad que parece tiene, y de que la parte contraria ſe vale para apoyar que la dicha D. Yſabel renuució los dichos mayorazgos ſon eſtas, ibi: *Y de las demas herencias tranſverſales que en qualquier tiempo huviere de aver, y le pertenecen en qualquier manera, y en qualquiera cantidad que ſean en el dicho Don Diego Oſſorio de Axeÿas ſu padre*: las quales dan luz a la juſticia tan clara del dicho Convento, que parece era eſcuſado el trabajo deſtos apuntamientos.

27 ¶ Y que uo ſe omita coſa alguna, ni ſe dexe de ponderar la cauſa motiva de la dicha renunciacion, para que de ella ſe conozca con mas euidencia la juſticia del dicho Convento, ſe advierte, que fue ſolo dirigida a darſe la dicha Doña Yſabel Oſſorio por contenta de las dichas legitimas paterna, y materna, por los gaſtos que el dicho Don Diego Oſſorio ſu padre avia hecho y avia de hazer, pagando la dote al dicho Convento; y otros gaſtos preciſos que en ellos dize la dicha Doña Yſabel ſe gaſtaria todo lo que le podia tocar de las dichas legitimas, y eſto ſolo eſtà en terminos de vna contenta y liberacion que la dicha Doña Yſabel hizo de las dichas legitimas, para no poderlas repetir la ſuſodicha, ni quien ſu cauſa huvieſſe; y en eſtos terminos deve conſiderarſe la dicha renuncia, vt in terminis aparebit.

28 ¶ Primo, quia generalis renuntiatio,

ſeu liberatio ſui natura trahitur, & reſtringitur ad ſpecificata, l. ſi de certa, vbi Bart. & alij, C. de tranſact. l. emptor, §. Lucius, ff. de ſolutionib. Bart. Imol. Abbas, & alij in c. 1. de tranſact. Salicet. Alex. Iaſ. & alij in d. l. ſi decerta, Alex. conſ 111. col. 2. vol. 2. Corn. in conſ. 144. n. 11. vol. 3. Cinus in l. ſi ex maiore, C. de except. vbi quod generale pactum de non petendo, reſtringitur ad partem ſolutam. Y en nueſtro caſo y terminos en que eſtà la dicha eſcritura de renuncia, lo que ſe pagò por ella ſolo fueron las legitimas, y para la liberacion dellas ſe hizo, y fue eſpecial para eſte caſo, Bald. in d. l. ſi ex maiore, ibi: *Quod generalis renuntiatio reſtringitur ad ſpecialem ſatisfactionem*, Natta conſ. 546. n. 10. Menoch. in conſ. 496. *Vbi, quod generalis liberatio reſtringitur ad ſpecificata expreſsè, & intelligitur, ſecundum ea quæ precedunt.* Y lo que procediò por cauſa motiva y final, ſolo fue el darſe por ſatisfecha de las dichas legitimas.

29 ¶ Secundò, quia liberatio, ſeu remiſſio, quæ fuit facta ratione certę alicuius rei ad illam reſtringitur, & vltra nõ extenditur, ita poſt Iacob. de Are. inquit Ang. in l. obligatione generali, ſuper gloſ. in verſ. fuiſſe, de pignoribus: *Vbi ſubditur, quod generale dictum limitatur, & reſtringitur per actionem, ſecundũ ſuam cauſam*, Natta d. conſ. 546. n. 11. Craveta in conſ. 117. n. 13. & conſ. 221. col. penul. n. 12. *Vbi dicit, quod qualibet diſpoſitio reſtringitur ad ſuam cauſam*, latè Remig. in conſ. 338. n. 57. & ſeqq. *Vbi poſt multos dicit liberationem regulari à cauſa, propter quam facta fuit, idem in verbis renuntiationis amplijs atque univerſalibus dicit* in conſ. 434. n. 39. & ſeqq. & in conſ. 491. n. 11. & ſeqq.

30 ¶ Tertiò facit, quia renuntiatio reſtringi ſemper ſolet ad expreſſa, & non poteſt ad alia, Cald. in conſ. 5 tit. de prebendis, Alex. in conſ. 11. n. 1. vol. 5. Dec. in conſ. 379. n. 2. Natta conſ. 78. n. 6. Graveta

ta in conf.200.n.10.Purpurat.conf.372.n.4 &5.Cephal.conf.429.n.9.Burfat.conf.32. nu.40.& in conf. 111.n 31.Bemi.alios citans in cōf.484.n.33.& in cōf. 614.n.66.

31 ¶ Quartò generalis renuntiatio idem operatur,quoad omnia fub genere contenta,quo operatur fpecialis,quoad fub fpecie contenta, Ancharr. in conf.337.col.2.Alex.conf.187.n.19. vol.5. Iaf. conf. 119.n.13.vol.4.Afflict.decif.44. n.11.& 12. Ruin. in conf.56.n.12.vol.2.Decian. in conf.5. n. 57 Cephal. conf. 309.n.41.& conf 524.n.34 Cuma.in conf.7.col penult.& in conf.4.col. fin. Alex.qui loquitur de renunt.qui & actione, & liberatione, in conf.42.nu 14. verf.tertia eft,vol.1.

32 ¶ Quintò, quia in dubio nemo præfumitur renuntiatione iuri, fibi aliquo modo competenti,cap.fuper hoc,de renuntiatione,Bald.in l.1.in vltim.notat.C.de edict.D.Adriani Tolend.Tiraq.in pręfatio,l.fi vnquam, n.128.C.de revoc.donat.Parif.cōf. 49.n.39.vol.3.Purpur.in conf.476.n.2.Gabri.in conf. 174.n.20.vol.1.Menoch.in conf.46 n 9. & in dubio præfumitur potius error,quam renuntiatio, & etiam fi agatur de facto proprio, vt poft Cuma.& Alexand. concludit Ruin.in conf.127.n.13.vol.3.fequitur Menoch.in conf.1.n.212.

33 ¶ Sextò comprobatur ex eo, quod renuntiatio nunquam intelligitur facta,nifi quatenus ex ipfo actu neceffario infertur, Ancharr.in conf.106 *vbi interpretando actum à patre factum, dicit, quod per illum non videtur pater renuntiaffe vfufructū quia id non infertur de necefsitate ex illo actu*, Craveta in conf.257. & alij. Y en el acto de la dicha renuncia no fe puede feguir por medio alguno neceffariamente la renunciacion de los dichos mayorazgos, ni de ella fe puede facar conjectura que induzga tal animo de renunciarlos, y auque la huvieffe,fi alia fumi poteft coniectura,

tunc

tunc fit semper interpretatio, quod pars renuntiare non voluerit, Burin. in cap. accedentibus, in vers. & per prædicta de privil. *Vbi dicit, quod Canonici faciendo actum mandante Pontifice, intelligitur potius voluisse parere Pontifici, quam renuntiare statuto sibi concesso*, Alex. in cons. 33. col. 4. vol. 5. & dicit Imola in cons. 49. *Quod si verba possunt habere alium sensum congrũ non debet intelligi, quod contineat renuntiationem*, Cravet. in cons. 290. vers. 5. licet Remi. cons. 214 n. 68. Decian. in cons. 48. n. 31. Riccius in cons. 106. n 46.

34 ¶ Septimò accidit, quod nulla suberat causa renuntiandi dictum maioratum, quia in dicta renuntiatione agebatur tantum de liberatione portionis patris, & matris, prętcrea non est præsumẽdum, quod renuntiare voluerit, ita arguit in simili, Decian. in d. cons. 45. n. 7. vol. 2. & cum quisquis agit, præter finem agat, nullaque ratio colligi possit nullusque finis considerari, propterquam dictam Monialem voluerit renuntiare dictos maioratus.

35 ¶ Octavò confirmatur, quoniam si non suberat causa, vt supra proxime dictum est, renuntiatio est nulla, quia ibi non cadit obligatio, vbi nõ adest obligationis causa, cap. si cautio, de fide instrumentor. & ibi Doctores, l. 2. §. circa, ff. de dol. mal. & supra l. generaliter, C. de nõ numer. pecun. glos. quam dicit singularem, Imol. in l. à Titio, ff. de verbor. oblig & Salic. in l. generaliter, quod est communis opinio, imo præsumitur facta promissio, vel obligatio per errorem, quando causa non subest, Alex. in cons. 13. n. 2. & 3. vol. 1. vbi dicit, procedere quamvis facta sit per stipulationem, Abb. & Felin. in d. cap. si cautio, Paris. cons 96. n. 8. Cephal. in cons. 200. n. 27. & seqq. n. 32. & seqq. cons 501. n. 24 & in cons. 71. n. 18. in quibus locis concludit renuntiationem sine causa factam esse nullam, & non obligare renuntiantem.

36 ¶ Nonò facit, si velimus renuntiatio-

nem

nem substinere tenetur tamen eam intelligere, vt minus quam fieri potest ledat ius ipsius renuntiationis, & interpretari in eam partem, quæ renuntianti minus præiudicat, Bart. & alios in l. si modus, ff. de servit. vrban. prædior. dicit: *Quod renuntiatio quam primum est aliquid operata restringi debetur, minus præiudicet renuntianti, quam sit possibile.*

37 ¶ Con mas claridad se pruevan los fundamentos del dicho Convento, en consideracion de que qualquiera derecho que por testamento concurre en favor de alguno, no se puede renunciar, ni transigir sobre el, si sivisis, & cognitis verbis testamenti iuxta l. de his, ff. de transact. & ibi Bart. Bald. Angel. Ias. & cæteri omnes, Corn. cons. 137. Zevall. commun. cons. 49. n. 52. Cras. in §. fideicommissum. q. 62. n. 4.

38 ¶ Y al tiempo que se hizo la dicha renuncia, ni la dicha Doña Ysabel vido los testamentos y escrituras de las fundaciones de dichos mayorazgos, antes las ignorò, y no supo de ellas, ni pudo tener noticia, por ser como era de diez y seis años, que assi lo confiessa en la dicha escritura de renuncia, & inter ignorantes non inducatur renuntiatio fideicommissi, Paris. cons. 65. n. 10. & 17 lib. 3. Honded. cons. 33. n. 3. Surd. cons. 67. n. 46. & seqq. lib. 1. Bardell. cons. 11. n. 30 & seqq. Roland à Valle cons. 39. n. 6. & n. 23. lib. 2. Rece. cons. 111. n. 13. Ceph. cons. 253. n. 112. Decian. cōs. 52. dubio. 1. lib. 2. Anton. Gabriel de fideicommis. Cornel. 1. n. 1. Ioseph. Ludovi. decis. Perus. 19. n. 13. Caval. decis. 36. n. 24. & seqq. Parlad. 1. Rota Rom. decis. 493. p. 4 in novis.

39 ¶ Y aunque la dicha renunciacion se haga con juramento, Corn. cons. 235. col. 2. & 3. lib. 2. ibi asserit esse communem opinionem Roland. à Valle cons. 13. n. 27. lib. 1. Seraphin. tract. de iuran. privil. 100. sub n. 3. Y aunque Cevallos en la question citada lleva, que interviniendo juramento, tiene de consi-

ſtir, y que la verdadera opinion es en terminos que avia licencia de derecho que ſe renunciava, y que no avia menor edad; y en nueſtro caſo concurren otros fundamentos, porque no ſe hizo mencion en la dicha renuncia de dichos mayorazgos, ni aun por palabras enunciativas, y ſi la dicha renuncia fueſſe para el caſo de renunciar los dichos mayorazgos, precisamente ſe avia de hazer relacion en la dicha eſcritura, donde ſe advirtiò latamente la renunciacion de las dichas legitimas paterna y materna.

40 ¶ Y a lo que llevo fundado ſe llega el que a la dicha renunciacion le faltan los requiſitos neceſſarios para ſu validacion, que fue no averſe hecho ante el ordinario, y aſſi no puede tener ſubſiſtẽcia, cap. licet de reſcript. cap cum Piſan. de reſtit. Spoliator. l. ſi pupillos. §. ſi præter, ff. de rebus eorum, D. Franciſco Hieronym. de Leon deciſ 169. n. 17. & ſeqq.

41 ¶ Y fue hecha y otorgada por la dicha Doña Yſabel, per metum patris reverentialem, & ad hoc ſufficiunt enim coniecturę, Cin. in l. carcerem C. met. cauſ. Bart. in l. ſi obturpem ff. de cond. ob cauſ. Menoch. de arbitrar. caſu 136. n. 1. & 6. ibi: *Si probabilis eſt coniectura metus, cum quis cum eo contrahit, quẽ in ſuperiorem recognovit, & cui adverſari non auderet, vt filij erga patrem*, Roland. conſ. 100. n. 227. volu. 4. Abbas conſ. 77. n. 24. Y la mas eficaz conjectura para el miedo reverencial ex habito reſpectu ad integrũ patrimonium modico recepto renuntiabit opulentę hæreditati, & vocant Doctores reverentialem metum probari ex modica, & inormiſſima lectione, Ruin. in Conſ. 78. n. 24. vol. 1. Dec. in cap. cauſa matrimonij, n. de offic. legat. Cravet conſ. 11. n. 12. Gramm. deciſ. 103. n. 50. Alciat. conſ. 291. n. 3. cap. deciſ. 159. n. 32. & ſeqq. Y bien ſe conoce, que ſi no ſe interpuſiera eſte reſpeto y miedo reverencial, que la dicha Doña Yſabel no hiziera la dicha renunciacion, porque el dicho

cho Don Diego Osorio su padre tenia en el tiempo de la dicha renuncia mas de veinte mil ducados, y por su fin y muerte quedaron mas de diez mil, aviendo dado a las demas hijas dotes competentes, por solo los gastos de la dote que recibiò dicho Convento, que fueron seiscientos ducados, y los demas auxilios, que seria con todo hasta ochocientos ducados. Y aunque esto es fuera de los terminos de la question que se trata de ponderar, para que se reconozca, lo vno, que es evidente la conjectura del miedo que intervino, y lo otro, para que se reconozca que el dicho Convento, aviendo llevado las cargas que ha tenido, y espera tener con la dicha Doña Ysabel, por las enfermedades continuas que padece, no ha recibido mas que la modica porcion de los seiscientos ducados de la dote, aviẽdo gastado en cada vn año mas de ciento en curar a la dicha Doña Ysabel.

42 ¶ Y para mas apoyo de la justicia del Convento, bolviendo a lo individual del punto que se trata, se advierte segunda vez, la causa motiva y final de la dicha escritura de renuncia, ibi: *Y porque ella està en los dos meses vltimos y cercanos a su professión, y quiere hazer y otorgar renunciacion de sus legitimas y herencias*. Y siendo esto lo concertado y tratado, aunque despues en la dicha escritura de renuncia se hallassen (y no las tiene) palabras que insinuassen renunciacion de los dichos mayorazgos, se avian de restringir y acomodar a la causa final y motiva, ibi: *Y quiere hazer, y otorgar renunciacion de sus legitimas*. Y qualquiera generalidad de palabras restringitur per rationem, secundum suam causam, l. cum pater, §. dulcissimis, ff. de legat. 2. l. cum tale, §. falsam, ff. de condit. & demonst. quia verba debent interpretari, vt solum conveniant materiæ, ad quam partes se præparaverant, Nata cons. 416 n. 3 Recius cons. 101. n. 40. & semper restringuntur ad rem, super qua exprimuntur, nec licet ea extendere

dere ad a'ia, §. quod autem, Instit. de legit. agnat. tut. Cravet. in cons. 16 n. 5. Recius cons. 41. n. 23. Y no se puede negar que las partes, que fueron el dicho Don Diego Ossorio, y la dicha Doña Ysabel su hija, solo se juntaron y prepararon para renunciar las dichas legitimas, como se conoce de la narracion que en el introito della se haze. Ni se puede negar que por dicha renuncia no està excluydo el dicho Convento de la sucession de dichos mayorazgos.

43 ¶ En terminos de renunciacion general, quod renuntians omni iuri, quod habet, vel habere spectat, non censeatur renuntiare fideicomissum, sine duæ copulative interveniant primum, quod sciat fideicommissum extare; secundum, quod renuntiatio non possit in alio iure versificari, & effectum sortiri, Bart. in l. qui Romanæ, §. duo patres, n. 19. ff. de verbor obligat. sequuntur omnes DD. Ruin. cons. 92. n. 23. vol. 3. Y nuestra renuncia, de quatro tomos se verifica sobre la causa motiva, y final de las legitimas que se expressaron en ella. Y para que la dicha renunciacion se pudiesse acomodar a los terminos que el Abogado contrario defiende, era preciso que fuesse universal (que no lo es) y que siendolo no se pudiesse verificar en otro derecho de sucession, que en el de los dichos mayorazgos.

44 ¶ Mas en terminos hemos de traer la question por ultimo y final de este articulo, para dar mas luz a la verdad de los fundamentos con que el dicho Convento se halla en su pretension, que aunque la dicha renunciacion fuesse mas amplia, en mi sentir era segura, porque en qualquiera renunciacion, por mas que lo sea, nunca es visto comprehenderse los feudos, fideiconmissos, ni mayorazgos, como en terminos terminantes lo resuelven P. Fr. Manuel Rodriguez tom. 2. quæst. regul. q. 75. art. 14. per totum. Donde trae muy grandes fundamentos, y dize ser ne-

necessaria expressa renunciacion, y principalmente siendo la que la hizo muger menor, o persona ignorante de negocios, y con esto de solutionibus. q 594. per tot. Paulo Galerio de renuntiat. to. 1 lib. 3. c. 7 n. 13. vers. Monialis, ibi: *Monialis autem, quæ renuntiavit cuicumque succesioni non videtur renuntiasse maioratui, unde dicendum est non obstante renũtiatione, Monialem, & Monasterium habere ius ad petendum maioratum.* optime Thomas Sanchez, de relig. statu, lib. 7 c 15. n. 29. & loquens in fideicommisso Ioseph Ludov. decis. Perus. 19 a n. 8. 9. & 10. Tamborinus de iure albatisar. & Monial. q. 11. per tot. Y aunq̃ en el n. 8. advierte, que quando la renunciacion es vniversal, tunc in feudo Monialis admittenda non est, citando a Cons. Ias. Dec. y Menoch. se entiende en terminos que la renunciacion no se puede verificar, sino es en el sideiconmisso; feudo mayorazgo, vt supra tengo provado.

45 ¶ Y aunque la dicha renuncia fuesse especial para los dichos mayorazgos, siendo en contẽplacion del dicho Don Diego Ossorio, y de la dicha Doña Ysabel, no puede aprovechar al dicho Don Iuan Antonio, vt notant DD. in l. pactum quod dotale, C. de collat. Ioan. Bapt. Toro vot. 82. a n. 14 Molina de ript. nunt. lib. 3. q. 87. præcipuè, pidiendo el dicho D. Iuan Antonio por cabeza de Doña Mariana su madre, a quien no se atendiò, ni contemplò en la dicha renuncia.

ARTICVLO III.

46 ¶ Siendo los fundamentos que estan advertidos en los dos articulos antecedentes, tan llanos, y que en favor dellos se ha juzgado todas las vezes que han ocurrido semejantes hechos en las Reales

Audiencias correrà mas sin duda lo que se fundarà en este, por ser consequencia de aquellos antecedentes.

47 ¶ Y para entrar con mas acierto en la question, y fundamentos que se han de apoyar por el dicho Convento, se tomò por norte la l. 45. de Toro, que hodie est l. 8. tit. 7 lib. 5 Recop. *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession, se transpasse la possession civil y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo deviere suceder en el, aunque aya otro tomado la possession en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le aya dado la possession.* Quia in l. statuo privilegio testamento contractu alia dispositione principaliter verba sunt attendenda, & ab eis non est recedendum, text. in l. non aliter, ff. de legat. 3. text in l. ille aut ille, §. cum in verbis, eod. tit. text. in l. quod constitutum, ff. de milit. testam. text. in l. si servum, §. praeter ait, ff. de acquirend. haereditate, text. in l. 1. §. si is qui navem, ff. de exercitoria actio, text. in l. ad probationem, C. de probat. text. in l. non distinguemus, §. de officio, ff. de arbitris, text. in cap. porro, de privileg. text. in cap. consideramus, de electione.

48 ¶ Considerada pues la dicha ley por el dicho Convento, y que en virtud de su disposicion se le transfiriò desde el instante dela muerte del dicho Don Diego Ossorio la possession civil y natural de los bienes de los dichos mayorazgos, para que en cõtinuacion della se le dè la Real, y actual, y tiene provado como la dicha Doña Ysabel Ossorio es hija legitima del dicho Don Diego Ossorio, y mayor que Doña Mariana Ossorio, madre que fue del dicho Don Iuan Antonio, con que se halla capaz el dicho Convento para su pretension, por hallarse verificadas en el todas las calidades que conforme a la disposicion de los dichos mayorazgos deve tener, quia quando aliqua dispositio

tio legis, vel hominis fundatur in aliquo subiecto, vel qualitate prius, & ante omnia debet procedere, & verificari illa qualitas, & de ea cōstare provatur ex l. hoc iure, ff de verbor obligat. text. in l. stipulatus, vers. 1. eodem tit. text, in l. 4. ff. de fideicomniss. libertat text. in l. 1. § pregnantem, ff. de ventre in posses. mitend. text. in l. 1. § hec verba, ff. nec vis fiat ei, text. in l. Divus Trajanus ff. de milit. testam. text. in l. quidam, ff de iure Codicis, text. in l. is qui hæres, §. si quis dubitet, ff. de acquirend. hæredit. Bartul. & communiter legisti, in l. illa stipuatione si calendis, ff. de verbor. oblig.

49 ¶ Con que es evidente, que al dicho Convento se le transfiriò la dicha possession civil y natural, y assi es preciso el que en este juyzio se le mande dar la real, y actual que tiene pedida, y la manutencion de los bienes de dichos mayorazgos, por que al tiempo, y quando se empezò este juyzio, ya el dicho Convento, por cabeza de la dicha Doña Ysabel tenia la possession de los dichos bienes desde el instante de la muerte del dicho Don Diego Ossorio, vltimo posseedor de dichos mayorazgos, vt ex visceribus, d. l. 45. constat, ibi: *Muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de possession se transpasse la possession civil y natural en el siguiente*, Mieres de maiorat. 3. p. q. 13. n. 1. ibi: *Noc ex parte vocatorum aliquid est necessarium, vel verbo, vel facto, ad hoc vt possessio eisdem acquiratur.*

50 ¶ Et possidenti ante motam litem, & de tempore motæ litis concedendum est mandatum de manutenendo, § retinende, & ibi Aretin. & Faber. n. 23. instit. de interdict. l. 1. §. quod ait Prætor, & ibi Bart. ff. vti poss. Burgos de Paz cons. 36. n. 1. ibi: *Tantum illi qui tempore initij litis possidebat.*

51 ¶ El dicho Don Iuan Antonio se valdrà del que està fundado en el n. 1. §. antecedente, diziē do, que quando el Convento salió pidiendo la posses-

sion

sion de los bienes de dichos mayorazgos, ya él la tenia por decreto judicial, que fue la que se le diò en vida del dicho Don Diego Ossorio, como consta de vn testimonio que està en los autos, a fojas 73. y que assi los Autores citados y textos en dicho §. antecedente, estan en terminos de su pretension, para manutenerlo en el interim a que se satisface, demas de las palabras tan claras de la l. 45. de Toro.

52 ¶ Lo vno, con que la dicha possession de que la parte contraria se vale, es nula, por aver supuesto el dicho Iuan Xuarez, Curador de dicho D. Iuã Antonio, que la dicha Doña Mariana su Madre fue la hija mayor de el dicho D. Diego Ossorio, quia quando quis immissionem petens falsam iudici relationẽ proponit, qua mediante possessionem obtinuit, tunc possessio tanquam ex falsa causa concessa est nulla, l. cum verum, § subuentum, ff. de fideicommiss. liber. l. 1. §. hæc verba, ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. est, vbi denegatur, edictum Prætoris, & omnis vtilitas ei qui ob falsam causam in possessionem missus fuit, l. scie agresce, & ibi Bart. ff. de tutoribus, & curat. dat. ab his, Mieres de maiorat. 3. p. q. 14. n. 29. ibi: *Vbicumque ille quem iudex misit in possessionem fecit iudici falsam relationem, qua possessionem obtinuit, qua tunc decretum, & possessio, tanquam ex falsa causa concessa non valet*, Afflict. decis. 218. Dueñas reg. 285. Cephal. cons. 207. n. 8; lib. 2. Ioan Cutier. cons. 18. n. 68. & 69 ibi: *Quod decretum trahens ex falsa causa originem sivè tacitè sivè expresse est in ipso iure nullum, nec dum si causa sit in totum falsa, verumetiam si partim sit vera & partim falsa*, D. Molin. de primog. lib. 4. cap. 4. n. 48.

53 ¶ Et etiam prædicta possessio est nulla, porque se le diò al dicho D. Iuan Antonio, y a su Curador en su nombre, sin citar al dicho Convento, cap. licet Episcopus, & ibi glos. verbo tenent citato, de præbendis, n. 6. l. 1. & ibi glos. fin. & DD. ff. vbi possidetis.

Y en

Y en terminos Mieres dicta p.3.& q.14.n.19.in fine, ibi: *Ab hac igitur possessione sequens in gradu, & sucessor bonorum maioratus spoliari per iudicem, non potest absque causæ cognitione.* Et inferius n.21. ibi: *Authoritas iudicialis nihil facit ad acquirendam saltem adretinendam possessionem, ibicumque iudex procedit absque citatione partis, & iuris ordine non servat, quia ibi citatio, & causæ cognitio non intervenit nullum præiudicium parti interessanti infertur, & tertius non privatur sua civilti possessione. si de facto iudex aliũ miserit in possessionẽ.* Postius de manut. observ. 12. n. 36. & 37.q.37. ibi: *In converso autem quotiescumque iudex notorie nulliter, seu iniuste admisionem, seu executionem processerit in hoc clarè, & plenè probatur, vt supra diximus, non dicitur primum possessorem possessione privasse, sed processisse tãquam privatus, & de facto, ita vt non immissio, seu primo possessori gravata manutentio debeatur ratione civilis possessionis animo retentæ contra occupantem naturalem, sive sententiam, vel decretum sit de sui natura appellabile, sive non.*

ubi civili

54 ¶ Y para lo referido no obstarà dezir, que la possession del dicho Don Iuan Antonio es justa, quia Authore, Prætore possidet, l. iuste possidet, & l. Põponius, §. si iusu, ff. de acquir. possess. l. 1. §. quæsitum, ff. quærum leg. ibi: *Deinde quod huius rei Prætorem, Authorem habet, & lex.* in d. l. iuste possidet. col. 1. quia vt inquit Mieres in d.p.3.q.25.n 22 ibi: *Regula dictarum legum procedit vbicumque possessio à iudice concessa fuit iusta, & non est reclamata, nam non omnis, qui Authore Prætore possidet, iuste possidet sed qui iuris ordine servato,* vt inquit Bart. in d. l. iuste possidet, Decian. in l. nõ videtur. §. qui iusu, n.4. ff. de regul. iur. Peregr. de fidei commiss. art. 47.n. 13. & ibi: *Nam non omnis, qui Authore Prætore possidet, iuste possidet, sed qui iuris ordine servato.* Et de inde inquit Bart. cons. 91. per totum, & præsertim n.4. quod iudicis decretum non excusat

G in-

ingredientem possessionem rei per alium possesse à penis legalibus, per text. in l. meminerint, C. vnde vi; & ideo ex Nevisano consil. 81. n. 34. refert Post. de manut. observ. 42. n. 139 *Quod impetrans possessionem à superiore non vocato possessore dicitur impetrare ius iniquum, & talis authoritas non excusat, sed acusat.*

55 ¶ Y menos obstara dezirse por el dicho Curador del dicho Don Iuan Antonio, que los fundamentos supra alegados hablan en terminos, y se tienen de entender quando la possession esta ocupada por otro, quia tunc possessio licet sit à iudice concessa est nulla clandestina vitiosa, y turbativa, y que quando se le diò al dicho Don Iuan, fue sin estar ocupada, porque quien la tenia, que era el dicho Don Diego Ossorio, diò y prestò su consentimiento para que la tomasse, y que assi se halla posseedor de los bienes de dichos mayorazgos, verè, & realiter, y que por serlo tiene de obtener en este juyzio possessorio que se tarta, que a esto es a lo que và mirando el Abogado del dicho Don Iuan Antonio, como tan docto, a ver si puede reservar a su parte de la enfermedad en que se halla, la possession de que se vale, que en mi sentir es incurable, porque si este fundamento se admitiera y sacara victoria en este juyzio, quedava la disposicion de la dicha l. 45. frustrada, y su efecto suspendido, y vieramos en nuestros tiempos cosa juzgada contra prædictam legem, y pudiera el dicho Convento exclamar con el Iurisconsulto de la l. si cum nulla, ff. de re iudicata, cap. 1. de sentent. & re iudicata, ibi · *Sententia contra leges canones reprobata, licet non sit appellatione suspensa, non potest tamen subsistere ipso iure.*

56 ¶ Demas, que quando el dicho Don Iuan Antonio tomò la possession de que se vale, estava ocupada por el dicho Convento, como legitimo sucessor en los bienes de dichos mayorazgos, y

el

el decreto judicial no pudo interrumpirla; Mieres in dicta q. 14. n. 19. ibi: *Quod authoritas iudicialis, nihil facit ad interrumpendam possessionem, quæ conceditur successori in maioratu virtute illius legis, facit dicta lex 45. Aunque aya otro tomado la possession en vida del tenedor del maiorazgo, o el dicho tenedor le aya dado la possession, ex qua colligitur, quod quodam modo successor in maioratu est possessor bonorum maioratus, etiam in vita possessoris saltem successori in ea præiudicare non potest.* Y esta opinion es indubitable, porque si no se siguiera por cierta y segura, se diera ocasion para que la dicha ley 45. no se observara en la parte que dize, aunque otro aya tomado la possession, o el tenedor de ella se la aya dado, dict. q. & p. n. 28. & ibi: *In nostro vero casu possessio nunquam est vacans, vbi super est sequens in gradu, cui competit ius succedendi in maioratu, & pro ea videtur etiam facere text. expressus in l. authoritatem, C. de acquirend. posses. ex quibus apparet, quod hæc conclusio verior est.*

57 ¶ Porque si no lo fuera qualquiera inmediato sucessor, quedava privado deste beneficio legal de transmision, tomando otro que no lo fuesse la possession en vida del tenedor del mayorazgo, quod esset iniquum, & contra prædictam legem 45. Y assi el dicho Autor supra citado initium tertiæ partis en el num. 74. resolviò con elegancia la opinion que llevamos fundada, ibi: *Et adeò locum habet dispositio text. in dict. l. 45. quod possessor bonorum maioratus non potest disponere de rebus maioratus, etiam per vltimam voluntatem ne respectu proprietatis, ne respectu possessionis, ne respectu obligationis personalis, aut realis, ne aliquo quovis modo, quia talis dispositio nullum potest habere effectum, nisi post mortem, sed ipso momento in tempore mortis possessio rerum, quæ sunt de primogenitura, transit ipso iure in primogenitum, eique incommutabiliter adquiritur, non obstante quavis contraria dispositione*

vlti-

vltima voluntatis, vnde verba illius legis in quantum dicit el dicho tenedor le aya dado la possession a ellas, ampliari debet sive tradiderit possessionem, etiam per testamentum, vel aliam quamlibet dispositionem.

58 ¶ Con que tenemos bastantemente provado, que aquella possession de que el dicho Don Iuan Antonio se vale, es nula, viciosa, clandestina, y turbativa, y que no puede obrar efecto alguno en perjuicio de la legal que assiste al dicho Convento, y en que se halla como inmediato sucessor en dichos mayorazgos, aunque el dicho D. Diego Ossorio, padre de la dicha Doña Ysabel Monja diò permission que el dicho Don Iuan Antonio tomasse la dicha possession, y declarò en su testamento que le pertenecia la sucession en dichos mayorazgos.

59 ¶ Y la possession que se diò al dicho Don Iuan Antonio es mere instrumentalis, vt constat ex apprehensione, quæ propriè possessio instrumentalis dicitur, iusta iuris dispositionem solum vtilis est vacua possessione existente, quia si plane est, & ocupata, etiam per possessorem civiliter solum possidentem nihil prodest, l. quod meo, §. fin. l. peregrè, § final ff. de acquir. possess. Noguerol. allegat. 31. n. 38 ibi: *Sextò nullus alius actus possessionis existit ex parte Comitissæ de Tendilla, nisi decreta apprehensionis expedita virtute literarum requisitoriarum iudicis de Mondejar, quæ propriè possessio instrumentalis est, & iusta iuris dispositionem solum vtilis est vacua possessione existente, & sine possessore, quia si plena est, & ocupata etiam per possessorem solum cibiliter possidentem, nihil prodest*; Postius de manut. obser. 21. n. 35. & seqq. ibi: *Ingressus autem, seu actus possessorij mere instrumentales alio existente in possessione, etiam civili possessore absente, & initio ac non citato non probet, nec probat possessionem*, Gregor. XV. decis. 159. n. 1. & decis. 524. Honded. cons. 20. n. 14. lib. 1. & cons. 21. n. 27. lib. 1.

Et

60 ¶ Et est etiam nulla prædicta possessio. porque se diò, y mandò dar sin perjuyzio de derecho de tercero, y mejor posseedor, que missionem conditionalem facit, & rem integram constituit perinde, ac si nihil esset per iudicem gestum, ita vt si possessio non sit vacans misio facta non sit, l. item labeo § 1. ff. de famil. ercifcund. l. si absente §. 1. ff. de acquir. possess. Bald. in l. fin. C. de edict. Divi Adriani Tolend. n. 41. Pereg. de fideicommiss. art. 47. n. 29. ibi: *Virtus enim huius clausula ea est, vt rem integram constituat, ita quod alteri non sit illatum praiudicium, nec in petitorio, nec in possessorio.* Et inferius, ibi: *Clausula illa facit dispositionem, & misionem conditionalem, vt scilicet si aliud sit in possessione misio facta non sit.* Et art. 48. n. 36. ibi: *Nam tunc constat intentionem iudicis fuisse nolle in iure suo alicui praiudicium inferre, vnde ea clausula rem integram constituit; ita vt alteri non sit illatum praiudicium:* Marta de clausulis, p. 1. claus. 157 n. 25. & de succes. legali, p. 4. q. 16. art. n. 30. ibi: *Tanto quanto iudex dedit possessionem cum clausula sine praiuditio iurium partium, qua operatur, vt respectu pratendentis interesse habetur pro non possessore.* Surd. 373. n. 10.

61 ¶ Ex quibus iuribus, rationibus, & fundamentis, en terminos de possession iudicis authoritate concessa cum clausula sine præiudicio, y sin citar al que se le avia transferido ministerij legis, sic in Rota iudicatum fuisse, refert Postius decis. 169 n. 4. 5. & 6. ibi: *Nec obstare dixerunt, quod Ioan Baptista vigore mandati de immitendo in Curia Capitulina obtenti adeptus fuerit possessionem eorundem bonorum ante actualem possessionem per Procuratorem Liciane apprehensionem; tunc quia possessio Liciane dicitur eo ipso continuata, quo supervenit nova causa possidendi, tam pro substitutione de se ipsa facta ab Alexandro eius marito, si sine filijs legitimis, & naturalibus decederet prout evenit; tum quia mandatum productum est conditionale,*

scilicet vacante possessione, & sine præiuditio habentiũ, meliora & potiora iura, vnde cum poßeßionem non eßet vacans sed continuata à Licina, non dicitur in Ioannẽ Baptistam translatam iudicis authoritate conditione nõ purificata, Seraphin. decis 403. nu. 1. quia nunquam fuit vocans Puteus decis. 32. lib. 2. *Tum ex altera conditione sine præiudicio habentium melior a iura præservata fuisse Litianæ omnia, quæ habebat, potiorique iure competebat, nec suffragari potest Ioan Baptista poßeßio capta, licet Authore Prætore possideat prima die Augusti anni 1612. nam non rectè possidet Litiana nõ citata, quæ in poßeßione erat virtute legis.* Y aviendosele transferido al dicho Convento por la dicha ley de Toro, sin embargo de averla tomado el dicho Don Iuan Antonio en vida del posseedor, se espera determinacion fauorable. Salva in omnibus, &c.

Lic. D. Diego Sanchez Pleytes.